

La ética dialógica en el Código Civil y Comercial

POR **LUIS ALBERTO VALENTE** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Marco investigativo. — III. Las variables observables. — IV. Planteamiento del problema. — V. Análisis del problema. — VI. Conclusión. — VII. El informe final. — VIII. Bibliografía.

Resumen: ante la necesidad de brindar soluciones, el Código Civil y Comercial remite a la opinión de los propios sujetos involucrados en la controversia. En el presente estudio analizamos la cuestión sosteniendo que el cuerpo legal se apoya en una ética procedimentalista basada en el discurso y en la reflexión.

Palabras claves: derecho civil - ética - comunicación - argumentación

The dialogical ethics in the Civil and Commercial Code

Abstract: due to the need to provide solutions, the Civil and Commercial Code refers to the opinion of the proper subjects involved in the controversy. In the current study, we have analyzed the matter arguing that the legal body should be underpinned on procedural ethics based on discourse and reflection.

Keywords: civil law - ethics - communication - argumentation

I. Introducción

La ley 26.994 aprobó el Código Civil y Comercial (CCiv. y Com.) y con él ocurrió un sustancial cambio en la forma de entender determinadas cuestiones.

El paradigma protectorio a los débiles, por ejemplo, se erige en un fin que inexorablemente debe ser tenido en cuenta a la hora de resolver la cuestión jurídica. Sin embargo, es de rigor observar que ese ambicionado objetivo sólo será posible a través de un marco ético que de manera apropiada ubique la problemática jurídica en sus pertinentes moldes.

De allí que la letra del Código Civil y Comercial admite implícitamente a una ética procedimentalista que de forma efectiva y razonada conduzca prudentemente a la justicia.

Debe advertirse que muchos conflictos (vinculados sobre todo a persona y a familia) no admiten una solución jurisdiccional absoluta y determinante y que a su vez esté distante de la efectiva dimensión humana. Tampoco el legislador actual admite una solución de laboratorio.

Señala Dworkin que muchas veces la jurisprudencia ha fracasado por una razón básica: ha ignorado el hecho crucial de que muchos conflictos en el fondo son morales, de allí que en lo más profundo no son ni legales ni de estrategia (1999: 51).

(*) Prof. Titular Derecho Civil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Profesor Titular de Derecho Civil I, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UCALP.

De esa forma, el nuevo Derecho Civil hunde sus elementales conclusiones en el imperativo ético, pero a su vez, requiere un ajustado procedimiento que conduzca a sus más preciadas aspiraciones.

Consecuentes con esa idea y en los desarrollos venideros daremos cuenta de una solución legal que deposita su confianza en los justiciables y lo hace enalteciendo al diálogo como estrategia indicativa del procedimiento adecuado.

II. Marco investigativo

Sin perjuicio del pertinente control de legalidad, se ha optado en ciertas oportunidades porque el mismo sujeto proceda a la búsqueda de aquella solución que satisfaga el interés que lo moviliza (artículo 26 del CCiv. y Com., párrafo 3 y siguientes; artículo 31, letras d y e; artículo 35 del CCiv. y Com.; etcétera).

Se trata de analizar de manera adecuada el marco jurídico bajo análisis, y así, se debe precisar el mecanismo apropiado a fin de alcanzar ese objetivo en una sociedad democrática y pluralista.

En otros términos, el Derecho no impone las soluciones sino que el mismo individuo origina y desenvuelve la resolución a sus propios conflictos, y ello, a través de un razonamiento crítico y en un contexto adecuado, debiendo razonar e implementar la solución que busca, respondiendo también a sus exigencias y a sus propios puntos de vista.

Bajo la égida del Derecho nada debe ser dejado al azar, y además, ante conflictos que en el fondo permiten ver que estamos ante problemas compartidos que suponen una intersubjetividad ética. La manera de solucionarlos es allanando las bifurcaciones que desunen y explorando aquella senda común que solidifique o permita congeniar posiciones encontradas.

Esto último puede ocurrir buscando los afectados aquellos principios éticos compartidos, es decir, aquellos valores que justifican y solidifican la misma intersubjetividad sin caer en relativismos ni en subjetivismos.

A su vez, puede vislumbrarse a una ética normativa —que como ética fundamentadora— facilita una orientación, coincide con la búsqueda de los principios superiores, y así, para que las capacidades morales de los mismos justiciables les permitan, a ellos mismos, asumir compromisos responsables y definitivos para la solución de sus propios conflictos.

Desde una perspectiva fundamentadora consideramos cuestiones de validez y ésta es una *quaestio juris*. Se trata de la búsqueda de los principios. En cambio desde la óptica de la ética aplicada, se trata, obviamente de la aplicación o implementación de los principios buscados.

Como dice Adela Cortina (1996) si es “aplicada” lo es en forma mediata pues se limita a aplicar un marco reflexivo para la concreta toma de decisiones.

Se trata de una actividad interdisciplinaria ya que no puede ser entendida desde una perspectiva única sino que requiere un intercambio constante de información con otros ámbitos de conocimiento.

Es decir, no basta saber *qué* se aplica sino también establecer criterios acerca de *cómo* aplicarlos.

Algunos autores observan una tercera parte de la ética que se diferencia de la ética fundamentadora y aún de la aplicada. Es que si la ética aplicada trata de resolver los casos concretos; puede discernirse también una parte de la ética que de forma inmediata se ocupa justificar la toma de decisiones de los agentes morales en esos casos concretos (Cortina).

De lo expuesto puede inferirse que hay una ética que busca acompañar, orientar e iluminar el proceso de la toma de decisión y de acuerdo a las circunstancias de la situación concreta. Esto implica advertir que toda dimensión apriorística debe ser contemporizada en función de situaciones concretas, re interpretadas a la luz de contextos, experiencias y vivencias personales del sujeto moral autónomo.

No se puede confundir los diferentes aspectos. Justamente el nuevo ordenamiento, en general, evita caer en el puro casuismo para volcarse —más exactamente— en un situacionismo, vale decir, las situaciones no son casos a resolver sino problemáticas que encuentran solución en el exhaustivo tratamiento y en el meduloso análisis de las características propias de la situación misma. En función de lo expuesto, el problema radica en el criterio con que se aplican los principios.

Más exactamente, se trata de que el agente pueda reordenar su vida práctica contribuyendo a que pueda hacer posible la aplicación del principio.

A su vez y por la variables observables, llegaremos a la conclusión de que sin salir de la argumentación es posible concebir ésta instancia como una etapa dialógica, es decir, momentos donde acontece un intercambio argumentativo y que se subsume en actos del habla, vale decir, en discursos prácticos que se erigen en factor decisivo a la hora de resolver determinadas cuestiones.

III. Las variables observables

A tono con la necesidad de legislar acerca de las decisiones que puede tomar el menor y referidas al cuidado de su propio cuerpo; el legislador fija parámetros sobre cuya base se presume los alcances que tiene aquella aptitud.

La rigurosidad que pudiera sugerir del reconocimiento legal de una puntual edad a partir de la cual se es mayor de edad (artículo 25 del CCiv. y Com.), cede parcialmente ante la idea de *capacidad progresiva* reconocida ésta por el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que como se sabe, goza de jerarquía constitucional (artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional —CN—). Asimismo véase la ley 26.061 denominada Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 3 letras c y d; entre otros). El mismo Código acepta ésta idea (artículo 24 b. y concordantes del Código), sólo que en ciertas hipótesis, lo hace bajo una preceptiva cerrada que pareciera dejar poco margen hermenéutico al juzgador (artículo 26 párrafos 4, 5 y 6 del Cód. ritual).

De allí que debe leerse con precaución los postulados normativos. Cuando la ley se refiere a *madurez suficiente* lo hace en función a cualidades psicológicas, sociales, educativas, culturales, etc.

En líneas generales, el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes debe interpretarse en consonancia con la evolución de sus efectivas facultades y respetando los derechos y deberes de los padres (o de los representantes legales) de guiar al niño en el ejercicio de sus derechos (artículo 14. 2 de la Convención). Nos parece que toda presunción dogmática y apriorística debe ceder ante el riguroso dato de hecho.

La problemática vinculada a menores nos impone (de forma medular) discernir acerca de las propias características del sujeto débil, que por ser tal merece protección jurídica, y de allí, que es de rigor oírlo y respetarlo, procurando concretizar en la especie su interés superior (artículo 3 y conc. de la Convención de los Derechos del Niño que como se sabe ostenta jerarquía constitucional —artículo 75 inciso 22 de la CN—; a su vez, no puede omitirse la referencia al artículo 3 —y conc.— de la ley 26.061 y que se refiere a la protección integral de las niñas, niños y adolescentes).

En definitiva, una nueva dinámica obliga indagar acerca de la subjetividad moral de los afectados, como así, su aptitud para discernir acerca de las posiciones que adopta. Sin embargo, el problema no radica en juzgar la decisión en sí; sino en mensurar sus facultades para adoptar esa decisión, es

decir, sus habilidades para juzgar y valorar determinaciones, internalizando de forma acabada los riesgos, con pleno entendimiento de los cursos de acción posibles, y todo, de manera coherente con su proyecto de vida.

A tono con ello debe aplicarse la dogmática relativa al consentimiento informado (artículos 55, 56, 59, etc., del CCiv. y Com.).

En función de elucubraciones subsiguientes es de rigor detenerse en la Sección 3º (Restricciones a la capacidad) del Título I (Persona Humana) del Libro Primero (Parte General).

Desde el artículo 31 del Código el mismo se destaca como regla general que la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial, como también, a recibir toda la información que resulte conveniente a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión (artículo 31 incisos d y e del CCiv. y Com.). Es más, la misma persona puede solicitar la declaración pertinente, si siendo consciente de su estado mental decide adoptar los medios necesarios para resguardar sus intereses (artículo 33, letra a del Código).

De lo expuesto se deduce que se reserva al sujeto un rol activo en el proceso, y bajo ese entendimiento, la persona en cuyo interés se lleva adelante el mismo es parte esencial. Eventualmente puede aportar todas las pruebas que hagan a su defensa (artículo 36 CCiv. y Com.).

A su vez la sentencia debe procurar restringir la autonomía de la persona en la menor medida de lo posible e incluso la revisión de aquella puede ser solicitada por el interesado en cualquier momento (artículos 37, 40 y conc. del Código).

Asimismo, bien se ha dicho que la sentencia que recaiga en éste tipo de actuaciones debe mensurar el equilibrio entre la libertad de la persona que padece una enfermedad mental y la necesidad de su adecuada protección, de manera que ésta no sea una forma de impedirla, sino de protegerla, ya que entre la capacidad total y la incapacidad total existen infinitos grados, matices y circunstancias (CNCiv.: 20/08/2015).

Bajo tal entendimiento, el juez deberá estimar si procede la declaración de capacidad restringida o incapacidad. Y a su vez, en su caso, teniendo como norte la regla general según la cual las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (artículos 32 y 31 inc. b. del Código).

Y para ello deberá entablar una entrevista, y con ella un diálogo que le permita arribar a una conclusión conveniente. Se trata de un dimensionamiento de la aptitud y a fin de procurar el ajustado ejercicio de los derechos, mensurando a su vez la puntual actuación del mismo interesado.

De esa forma se reconoce y respeta la autonomía de las personas con discapacidad, propiciando su plena y efectiva inclusión en la sociedad; removiendo los obstáculos que les impiden desarrollar su proyecto de vida; evitando estigmatizarlas y procurando medidas de apoyo a fin de que puedan ejercer su capacidad jurídica (CNCiv.: 20/08/2015).

Todo lo expuesto es reafirmado por el artículo 35 del Código Civil y Comercial cuando expresamente prevé que el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso, como así, entrevistarlos personalmente antes de dictar cualquier tipo de resolución (no sólo la sentencia) y promoviendo los ajustes razonables en un todo de acuerdo a la situación de aquel (artículo 35 del Código).

Hay que reconocerle al juez un amplio margen de decisión para establecer la entrevista, como así, es del caso suponer que pueden asistir a ella peritos y consultores técnicos.

En definitiva y como bien lo destaca la jurisprudencia, la inmediatez en éste tipo de procedimiento no se agota con el conocimiento formal de la persona. Obsérvese que el citado artículo 35 del Código se refiere a la inmediatez que debe imperar en todo el proceso. El conocimiento directo no sólo permite al juez la comprensión de la situación de la persona y de sus habilidades y necesidades, sino que también permite que pueda ser oída, desde una escucha directa y con apoyos pero sin intermediarios (Cám. Apelaciones Trelew, Sala B: 12/11/2015).

En torno al artículo 35 del Código, ha sido elocuente la influencia de la Convención de los Derechos de la Personas con Discapacidad (CDPD). A su vez, el modelo social de discapacidad no se concentra sólo en las limitaciones individuales de la persona sino también en cuestionar todas las barreras que puedan entorpecer la accesibilidad de la persona a su entorno (artículo 9 de la CDPD). Y de allí las estrategias tendientes a procurar los ajustes razonables, y también, el diseño universal a fin de que los entornos y herramientas puedan ser utilizados por todos y de igual forma.

Ya no se duda entonces del rol que la ley reserva al verdadero interesado en el proceso. En lo pertinente el análisis recaerá sobre la base de la participación activa del sujeto enfermo. Esto nos lleva a dilucidar acerca de la faz procedimental del mandato legislativo, que en esencia, se subsume en la facultad del juez de ajustar la decisión pertinente, según lo requieran las circunstancias y modalidades, y ello en un todo de acuerdo a la efectiva situación del sujeto. Ello requiere un fecundo diálogo entre todos los interlocutores válidos.

El Código Civil y Comercial regula la posibilidad de disponer de los derechos personalísimos en tanto ello no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Se destaca que el mismo no se presume, es interpretación restrictiva y libremente revocable (artículo 55 del CCiv. y Com.). De similar forma es dable destacar la posibilidad de disponer sobre el propio cuerpo (artículo 56 Cód.) aún cuando implique el mejoramiento de la persona pues casi siempre acaece cierto costo frente al innegable beneficio.

La gravedad que puede significar la decisión la ubica a tono con la necesidad de suficiente comunicación e información acerca de las consecuencias prácticas de aquella.

Algo similar ocurre respecto a la posible investigación en seres humanos que sólo puede ser realizada si acaecen los requisitos que señala ley, uno de los cuales —obviamente— es el del consentimiento de la persona que participa de la investigación (artículo 58 letra f del ritual) y que supone un cuidadoso análisis de los riesgos y de los beneficios previsibles (letra e).

Desde luego, no puede omitirse mencionar lo relativo al consentimiento informado para actos médicos regulado por el artículo 59 del CCiv. y Com. Dicha norma destaca las características que deben tener la información que recibe y la declaración de voluntad expresada por el paciente. Interesante es lo dispuesto en tono al consentimiento que debe brindar la persona con discapacidad a la cual se le deben garantizar el acceso a los apoyos necesarios (artículo 59 *in fine* CCiv. y Com.).

En definitiva y como dice Romero Coloma (2002: 72) el consentimiento del paciente es el pilar esencial en el que ha desenvolverse la actividad médica, pues sin contar con ese consentimiento, no será dable ni lícito al médico actuar sobre el cuerpo del enfermo. Sin embargo la sagacidad de la autora le permite efectuar otros abordajes relativos a la misma cuestión: partiendo de la base de cada paciente es único puede negarse a recibir información, y con respecto a él hasta habrá que medir las palabras; o bien y ante puntuales circunstancias, también el médico puede negarse a atender al enfermo (Romero Coloma, 2002: 67 y ss.). Ello supone, en definitiva, a una actitud empática que los obliga a ubicarse desde la perspectiva del otro, un intercambio de razones entre los interlocutores de la problemática, y todo, en un diálogo paradigmático y racional.

De forma que nadie duda de que en tales cuestiones se debe obtener el consentimiento. El problema es *cómo* lo obtenemos, vale decir, el camino que nos permita alcanzar los fines de la ley. Ello nos persuade de que lo será a través de una puntual ética procedimental.

En ese sentido se ha visto al consentimiento informado como un proceso de comunicación respetuoso de la autonomía del paciente, y que a su vez, debe favorecer al diálogo propiciando el respeto y reconocimiento no sólo de los deseos y expectativas de aquel, sino de sus valores y de su proyecto existencial. Habilidades comunicativas que no sólo deben considerar al paciente sino también al personal de salud que tiene contacto con aquel y también con sus familiares (Ovalle Gómez, 2009).

En otro orden, y como bien señala el artículo 104 del Código Civil y Comercial la figura jurídica de la tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes del niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil y cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.

El aludido cuerpo normativo destaca que quien ejerce la tutela es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas las cuestiones de carácter patrimonial y es responsable del daño causado al tutelado por su culpa, acción u omisión en ejercicio o con ocasión de sus funciones (conf. artículos 117 y 118 del Código).

Ello no significa, sin embargo, que el propio tutelado no tenga una actitud activa y decisiva en la mecánica propia de la tutela. El artículo 113 del CCiv. y Com. claramente determina que el juez debe oírlo y tener en cuenta sus manifestaciones en función de la edad y grado de madurez, debiendo finalmente decidir atendiendo primordialmente a su interés superior. Y ello no sólo para el discernimiento de la tutela en sí, sino también, para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad (conf. artículo 113. a, b, y c, del CCiv. y Com.).

En línea directa con lo establecido por el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño es una interpretación auténtica de este Documento que “la escucha” no se reduce a una escucha formal sino a una verdadera participación activa del menor y que se resume en la idea de aptitud para exponer y desarrollar sus puntos de vista debiendo evitarse toda influencia o presión indebida sobre el menor. Esto obliga a focalizar la problemática en la ética misma que subyace al acto argumentativo.

Incluso no se descuenta la actuación del tutelado y el progresivo reconocimiento de su capacidad aún en cuestiones de carácter patrimonial, y si es del caso, se lo debe escuchar o atender de forma personal.

A su vez, se ha derogado la tutela legal pues se ha entendido que tamaña designación no depende del arbitrio del legislador sino que debe ser discernida por el juez y de acuerdo a las peculiaridades del caso.

Bien se destacara entre los Fundamentos del entonces Anteproyecto, que carece de todo sentido práctico que la ley “en abstracto y *a priori*” realice una enumeración desconectada con la concreta casuística. No siempre los parientes más cercanos son las personas adecuadas para el cuidado del menor prefiriendo conferir al juez la oportunidad de evaluar y decidir, sin condicionamientos, acerca de la concreta situación de aquel.

Es decir, la mecánica legal apunta a un ajuste y sinceramiento del decisorio y en función de las concretas circunstancias de hecho. Se puede concluir entonces que el parámetro legal no tolera decisiones judiciales alejadas de la realidad. Este dimensionamiento del problema exigirá un procedimiento adecuado y acode a la *mens* de la norma la que no podrá estar alejada de una escucha activa a todos los interlocutores válidos de la situación.

En materia de adopción, también es un principio visceral que el niño tenga el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, y a su vez, es obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años (artículo 595, f. CCiv. y Com.).

Las múltiples miradas desde la que puede ser vista la adopción, no prescinde de explicitarla desde la óptica de los derechos humanos y de allí que por imperativo supralegal, se otorga una fisonomía propia a la figura.

La realidad impone que los adoptantes respeten el derecho del adoptado a conocer sus orígenes y en tanto éste último haya alcanzado la edad y grado de madurez suficiente (artículo 596 del CCiv. y Com.). No se descarta que la familia adoptante requiera asesoramiento técnico a fin de cumplimentar el mandato legal, sobre todo, si se recuerda que más allá de lo formal se trata de dar a conocer de manera completa y sincera información al menor.

A su vez el procedimiento judicial tendiente a declarar la situación de adoptabilidad, exige al juez (es obligatorio) una entrevista personal con los padres y con el niño cuya situación de adoptabilidad se tramita (artículo 609 letra b del Código). Obsérvese que esta puntual circunstancia es independiente de la madurez del menor y de su forma de expresarse (palabras, gestos, dibujos, etc.).

En un decisorio se desprende que las decisiones que se adopten en la especie deben procurar en lo posible no borrar la historia personal de las partes ni sus vínculos afectivos, sino que se trata de re encauzar la relación propiciando un régimen de comunicación que procure la mayor satisfacción de los intereses en juego —artículo 3 ley 26.061, y artículos 627 b y 652 CCiv. y Com.— (conf. CCiv. y Com.: Necochea, 20-11-2015).

Es que la extinción del vínculo jurídico no implica necesariamente la pérdida de los personales o afectivos, pues puede pensarse en una separación no completa sino ajustada a la puntual casuística.

En otro orden, se ha sostenido que a fin de considerar el estado de abandono y adoptabilidad debe tenerse en cuenta la opinión de la progenitora en tanto no responde a los abordajes, miente y se muestra temerosa (C. Familia de Mendoza: 14-08-2015). Es que la “opinión”, muchas veces, se subsume en toda una actitud que (a su vez) permite un fecundo análisis de toda la situación involucrada.

En la adopción de integración los progenitores de origen deben ser escuchados, salvo causas graves debidamente fundadas (artículo 632 a, Cód.).

A su vez, y del mismo modo, durante el juicio de adopción el juez debe oír personalmente al pretenso adoptado (con asistencia letrada), y su vez, debe tener en cuenta su opinión (según su edad y grado de madurez) debiendo prestar su consentimiento expreso si el pretenso adoptado tiene más de diez años (artículo 617, b y d, CCiv. y Com.).

De ello se deduce que el pretenso adoptado siempre debe ser oído, y debe expresar su consentimiento expreso si es mayor de diez años. De negarse a esto último, se deberá trabajar acerca de los vínculos entre el menor y el pretenso grupo adoptivo, y para ello, es prioritario trabajar sobre la base del diálogo y la reflexión.

Consecuentemente puede concluirse que nuevos parámetros obligan a otorgar un perfil al procedimiento basado en la inmediatez y la sinceridad. Las implicancias de éste procedimiento (y su posible conflictividad) supone una escucha productiva a todos los intervinientes en el proceso dimensionando su situación y ajustando prudentemente el decisorio a la situación de marras.

En línea con lo expuesto, el Código se ha hecho eco de la metamorfosis operada en la relación padres e hijos. En tal sentido, es de vital trascendencia referirnos al Título VII (Responsabilidad Pa-

rental) del Libro Segundo (Relaciones de Familia). La noción de “patria potestad” (potestad, poder) ha dejado paso a la noción de “responsabilidad”.

Como se sabe, la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado (artículo 638 del Código Civil y Comercial).

La responsabilidad parental, en suma, implica colaborar, orientar, acompañar, e incluso, contener al menor y a efectos de formarlo y brindarle una protección integral. Uno de los aspectos medulares que hacen a la comprensión del ejercicio y cuidado del menor en la responsabilidad parental, es el respeto de la autonomía progresiva de hijo.

En línea con la idea de autonomía progresiva, la capacidad estimada como dinámica o variable exige que deba ser visualizada atendiendo a las progresivas características psicofísicas, la aptitud y el paulatino desarrollo del menor. Según ésta mirada y como bien lo destaca el artículo 639 letra b): “A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”. Lo expuesto es radicalmente exacto. Pero, también lo es demostrarle al mismo menor que su decisión no responde a un razonamiento autónomo, sino tal vez, al medio en el cual se desenvuelve o a un típico impulso de su edad. Y ello sólo se logra sobre la base del entendimiento. El interés superior del niño es la cerca que se erigirá a fin de limitar cualquier autodeterminación desmesurada, y es de comprender que aquel estará en fina sintonía con sus aptitudes para evaluar y razonar acerca de puntuales cuestiones.

Interesante es vislumbrar desde la norma la cuestión en que el adolescente, a su vez, es progenitor. En este caso el propio padre del adolescente no permanece marginado por la normativa. De esa forma, puede oponerse a la realización de actos que según su parecer puedan ser perjudiciales para el niño. El artículo 644 del Código determina que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de los progenitores. En caso de conflicto deberá decidir el juez. Es más, la plena capacidad de uno de los progenitores no modifica éste régimen (artículo 644 del Código Civil y Comercial).

A su vez, en muchos supuestos que hacen al ejercicio mismo de la responsabilidad parental la ley requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores (artículo 645 del CCiv. y Com.). Y si el acto involucra a hijos adolescentes es necesario inclusive su consentimiento expreso. En última instancia deberá resolver el juez atendiendo al interés familiar (artículo 645 del Código).

La edad y la opinión del hijo son exigidas incluso en el supuesto en que acaezca el cuidado personal unilateral, es decir, en el caso en que el cuidado personal del hijo sea asumido por un progenitor (artículo 648 y siguientes y sobre todo artículo 653 letras b y c).

De lo expuesto (en forma muy escueta) se puede inferir la participación productiva de todos los interlocutores válidos en el proceso. Ello puede vislumbrarse —incluso— de lo dispuesto por el Código respecto al plan de parentalidad (artículo 655 del CCiv. y Com.).

El artículo 707 del Código Civil y Comercial destaca la participación de la persona mayor pero con capacidad restringida, y también de los niños, niñas y adolescentes, en todos los procesos que los afecten directamente. En efecto, deben ser oídos y su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su discernimiento y considerando la cuestión debatida en el proceso (artículo 707 del Código Civil y Comercial). De la hermenéutica y razón de la norma se desprende que el niño debe ser escuchado de forma personal y en una escucha directa por el juez.

A su vez, el ser oídos implica que sean escuchados, y ésta como acción compleja implica preguntar, y en su caso, repreguntar, valorar y discernir lo latente y patente en cada discurso práctico.

Escuchar al menor no implica hacerlo ubicándolo en un plano de inferioridad sino reconocer su subjetividad plena y considerándolo en la toma de decisiones y tras informarlo con un lenguaje claro y asequible. El derecho a ser oído procede siempre, sea que el menor sea parte del proceso, es decir, en el ejercicio de sus derechos fundamentales, o bien, cuando sin ser parte la decisión lo pueda afectar de alguna forma.

Además, la fecunda dinámica intelectual impone una mesurada apreciación. Así, se puede avizorar de un decisorio, según el cual, la manifestación efectuada por el menor de edad en el sentido de no querer tener contacto con su abuelo no impide que éste no pueda tener comunicación difiriendo la modalidad de cumplimiento hasta tanto se avance en la respectiva terapia de vinculación. Más aún si no conoce a su abuelo (conf. Cám. 2º de Apelaciones de Mendoza). La dinámica comunicativa impone que los interlocutores estén en condiciones de abordar el diálogo ello hace no sólo a su posibilidad de éxito sino al efectivo acceso a la justicia.

A su vez, bien se ha dicho que los límites a la comunicación están en línea directa con el posible peligro a la seguridad o salud del menor, pues es inalienable e irrenunciable en tanto tiende a la subsistencia de un lazo familiar y afectivo de particular importancia en su formación (CNCiv., Sala B: 15/12/2014).

Consideramos la especial relevancia que el Código Civil y Comercial propina a una ética comunicativa basada en acuerdos y consensos pero para ello deben re-diseñarse las estrategias para alcanzar un diálogo fecundo y productivo.

Siendo así, no es prematuro afirmar que en ocasiones muy puntuales el espíritu del nuevo Derecho Civil se asienta en una ética basada en el entendimiento. En los lineamientos que a continuación se exponen daremos cuenta de ello, pues constituyen el eje alrededor del cual focaliza y adquiere especiales proyecciones el planteamiento del problema.

IV. Planteamiento del problema

De lo expuesto se infiere que ante puntuales hipótesis la ley deja abierta la posibilidad de que el dato empírico sea lo relevante a fin de hallar la solución pertinente. Es decir, la justificabilidad de la norma jurídica se halla en la racionalidad práctica, la que a su vez, debe ser evaluada en función del conflicto.

Los indicadores observados dan cuenta de que el problema es mensurar la *competencia*, es decir, la aptitud del sujeto moral autónomo para discernir y valorar la trascendencia de la decisión que adopta, y ello, en referencia a una puntual cuestión. Siendo así, la pregunta central pasa por vislumbrar cómo se determina la competencia del sujeto, es decir, cómo se llega a la convicción de que es competente para arribar a la decisión de adoptar.

Tal como lo dijéramos, y ante muchos supuestos, la dimensión exacta del problema no radica en juzgar la decisión en sí, sino en si es o no correcta la manera en que se llega a esa decisión; si la estimativa que el sujeto efectúa de la problemática es la apropiada a la luz de los principios morales.

Aduna lo expuesto, la solución brindada por el artículo 404 del Código Civil y Comercial en orden a la dispensa judicial para casarse en relación al menor de dieciséis años y que no cuenta con la autorización de sus representantes legales.

En su literalidad el precepto ordena que el juez deba tener en cuenta el grado de madurez del menor, y tras una entrevista personal debe especialmente referirse a comprensión que los menores efectúan en torno a las consecuencias jurídicas del acto matrimonial. En su caso, debe evaluar también la opinión de los representantes.

Ahora bien, ¿cómo determina el juez el grado de madurez del menor?, ¿cómo se persuade de que el mismo ha comprendido las consecuencias jurídicas del acto matrimonial? Y si se quiere, ¿cómo se evalúa la opinión de los representantes?, ¿cómo sabe el juez cuál es la opinión que está en lo cierto y cuál no?, ¿cuáles son los parámetros para aseverar esto último? En definitiva, todo resultará de un diálogo fecundo y racional de todos los interlocutores válidos y como éstos mensuran el conflicto.

Parafraseando a Maliandi (2010: 105), a veces se trata de *evitar* el conflicto; otras en *resolver* el conflicto soluble; otras, en *regular* el conflicto insoluble; o bien, fijar normas de convivencia. En definitiva, se trata de minimizar la conflictividad.

En la *ratio* de las normas subyace la idea de que la solución del problema debe ser resuelta sobre la base del entendimiento y del diálogo, en otros términos, procurar administrar la conflictividad.

De esa forma, se trata de dimensionar la óptica con que el afectado observa el conflicto que lo tiene como interlocutor, lo que conduce a que el dispositivo sea estimado a la luz de una puntual ética y con las limitaciones propias del respeto que impone la autonomía del agente moral.

En función de todo lo expuesto, el Código parece aludir a una ética procedimental que conduzca a un resultado valioso y cuyo justificativo se halla en la manera de auscultar y medir los efectivos intereses involucrados, las posibles repercusiones de la decisión de que se adopta, y todo ello bajo la égida del discurso intersubjetivo, con la consideración y la comprensión que del caso los mismos afectados realicen.

En otros términos, se trata de vislumbrar el vínculo que mantienen quienes poseen competencia comunicativa y que son interlocutores válidos en la discusión. A tono con lo expuesto, debe comprenderse que hay cuestiones que permiten considerar que la norma jurídica es justa si la solución puede ser aceptada por todos los afectados y tras un diálogo racional. De allí que debe vérselos a éstos últimos como seres dotados de aptitud para discernir y valorar acerca de las consecuencias de la acción.

Sin embargo, bien puede pensarse que una dimensión pragmática y contextualista no podrá desentenderse de una ética fundamentadora y orientadora de compromisos responsables. La normativa propone establecer bases para el diálogo sin pretender imponer la solución, sino más bien justipreciar jurisdiccionalmente la que se estima correcta, en una hipótesis concreta, en determinado tiempo y lugar, y —fundamentalmente— con la activa y sincera intervención de todos los afectados.

V. Análisis del problema

V.1. De la dimensión normativa a la dimensión práctica de la ética del diálogo

Los indicadores apuntados y la naturaleza de los temas aludidos nos persuaden de una hermenéutica superadora de la clásica mirada jurídica, según la cual, la cerrada *mens* normativa indicaba de manera rigurosa el camino a seguir. Era una solución fundamentada en la moral impuesta por el legislador, la que a su vez y por imperativo fáctico, tendía a diluirse en los hechos.

En ciertos supuestos, no parece ser esa la actual lógica normativa ya que el mismo dispositivo jurídico remite inexorablemente al dato de hecho. En otros términos, el juez resolverá dimensionando rigurosamente el dato empírico y es posible sostener que éste último se fundamenta en el diálogo entre todos los afectados.

A su vez, al delegarse en el juez la contemplación de problemáticas sumamente complejas el legislador parte por entender el carácter conflictivo del *ethos*, considerando a su vez, la dimensión pragmática del lenguaje.

El norte fundamental de la ética del discurso responde a la exigencia de que los conflictos sean resueltos a través de discursos prácticos, es decir, un diálogo entre todos los afectados y ello por los efectos mismos que puede generar la discusión.

El discurso práctico debe diferenciarse del discurso meramente teórico pues en tanto éste último solamente contiene una verdad; el discurso práctico no sólo está en juego la verdad sino también la autenticidad, sinceridad y la rectitud inmersa sólo en el del dato de hecho.

En definitiva, es posible que los conflictos de intereses se puedan resolver a través de un intercambio argumentativo en búsqueda de consensos, y a su vez, se trata de la participación en el diálogo de todos los posibles afectados por las consecuencias de la acción.

El análisis recae no sobre la antinomia sino sobre la conflictividad y la problemática se focaliza en la forma de abordarla.

Dice García Marzá que la ética discursiva se presenta como una ética cognotivista, al sostener que las pretensiones de validez de nuestras acciones tienen un contenido racional, por lo que va más allá que la simple expresión de preferencias o decisiones subjetivas. En definitiva, al apoyarse en el contenido normativo de nuestra capacidad de comunicación, de establecer diálogos y alcanzar acuerdos, la ética discursiva nos proporciona una buena plataforma para definir una metodología apropiada para la ética aplicada (2003: 170).

El ámbito dialógico (es decir no monológico, aunque el monólogo puede ser tomado como un diálogo internalizado cuestión extraña a éstos desarrollos) está fundado en una actitud reflexiva en el acto de argumentar. A su vez, la teoría del discurso presupone que los participantes (con su carga histórica) estén en condición de comunicar sus puntos de vista, y como sujetos autónomos la ley presume que están en condiciones de participar en el diálogo contando con suficiente discernimiento e imaginación. De no acontecer ésta circunstancia deberán activarse los mecanismos para que en un pie de igualdad sea posible la sincera actitud de escucha.

En tal sentido, puede imaginarse al que escucha colocarse dentro de la experiencia del que es escuchado, y ello observando una actitud activa, abierta y por momentos inquisitiva, pues las más las veces predominan sobre una misma cuestión miradas absolutamente distantes.

Entonces, los mismos interesados reorientan el sentido de la acción implementando sus ideas morales al campo jurídico, sacando a la luz sus propias competencias como protagonista de la sociedad civil y permitiendo la implementación de aquellos mecanismos que autoricen la búsqueda cooperativa de soluciones.

De acuerdo a lo expuesto, el juez lejos de ser un pasivo espectador del diálogo debe ocuparse (entre otras cuestiones) de garantizar que en la especie no se vea menguada ni se vea deslucida la necesaria paridad de fuerzas entre (posibles) estructuras desiguales de poder. De allí que debe cerciorarse de que estén dadas las condiciones para el diálogo pudiendo hacer uso en su caso de medidas de apoyos o representación necesaria (artículos 43, 100 y concordantes del CCiv. y Com.).

Es que pensar en una ética dialógica supone que estén dadas las condiciones para el diálogo, y ello, a fin de que naturalmente puedan llevarse a cabo los actos discursivos. De allí debe pensarse que necesariamente debe existir sinceridad entre los interlocutores, y ello se puede lograr si aquellos tienen la oportunidad de justificar sus decisiones en un marco donde negarse a hablar puede ser decididamente pernicioso para sus intereses.

A veces se ha intentado desintegrar artificialmente al conflicto olvidando que la dimensión humana de aquel no tardará en sublevarse contra el necio acto de autoridad.

Debe entenderse que ante determinados supuestos, no es conveniente que se niegue derechos, sino más bien que se trata de compatibilizar los intereses contrapuestos y sobre la base del diálogo y la reflexión. Alcanzar el consenso es la meta ideal en búsqueda de la sinceridad y de la verdad.

V.2. Acerca de la norma jurídica y la ética discursiva

Siguiendo en lo pertinente las elucubraciones de Alexy, y desde un abordaje empírico-descriptivo, se trata de describir y establecer la prognosis de la praxis de los tribunales tratando de auscultar la voluntad fáctica de legislador. A su vez, y si es del caso, desde una dimensión práctico-normativo se trata de fundamentar la hermenéutica de la norma o de una nueva institución (2007: 241).

De lo expuesto se infiere que allí donde la norma jurídica deja abierto el conflicto a la decisión del juez, debe éste hacer uso de una ética procedimental que allane el camino. Y en ese sentido, el discurso (como solución lógica) actúa como procedimiento de corrección práctica de la norma jurídica.

Lo cierto es que cada uno de los involucrados en la problemática mantiene su punto de vista acerca del conflicto en cuestión y de acuerdo a sus posibilidades de análisis. En la dimensión humana puede aseverarse que nadie ostenta la verdad absoluta del problema, sino que cada uno mantiene su visión del conflicto y tras un enfoque sesgado por la realidad vital.

Por discurso ha de entenderse una forma de diálogo en la que se cuestionan *pretensiones de validez* y en la que se emplean *argumentos y contra argumentos racionales*. Bajo la faz práctica, puede vislumbrarse la pretensión de veracidad y rectitud y su criterio de solución es el *consenso*. Esa búsqueda implica un procedimiento, de allí, que puede decirse que estamos ante una *ética procedimentalista*.

Lo importante en la teoría del discurso es que los participantes tengan suficiente aptitud de juicio e imaginación (Alexy, 2007: 294). El mismo procedimiento permitirá la apertura de diferentes canales de comunicación.

El juez podrá decidirse por el camino que las mismas partes proponen o el que entiende conveniente considerando los actos del lenguaje y la comunicación, que a su vez, parecen convertirse en un eje visceral alrededor del cual gira la materia jurídica comprometida. Ésta última puede ser vista desde las frías fojas de un expediente, o bien, desde lo humano auscultando la realidad en la que afloran los intereses comprometidos.

Sobre la base de lo expuesto, la novel normativa propone un paradigma intersubjetivo basado en el lenguaje, la comunicación y la comprensión de los sujetos inmersos en una situación jurídica determinada. Sólo bajo tal entendimiento, por ejemplo, podemos evaluar la madurez de un menor para un acto determinado, verbigracia para contraer matrimonio, o los actos que puede o no realizar un sujeto con capacidad restringida.

En el diálogo es factible que ocurra la autoreflexión y la autoconsciencia del sujeto auténtico y autónomo.

V.3. Acerca de las pretensiones de validez de la ética procedimentalista

En función de lo expuesto, el discurso debe ser visto un procedimiento adecuado por razones heurísticas (Alexy, 2007: 295).

A su vez, puede avizorarse una dimensión pragmática del lenguaje ya que todo acto lingüístico puede resolver los conflictos de intereses que se suscitan. Éstos pueden ser resueltos a través de

discursos prácticos, es decir, de diálogos argumentativos en los que se busca el consenso de todos los afectados por las consecuencias de la solución práctica que se pretende implementar.

Al decir esto último (la participación activa de todos los afectados por las consecuencias de la acción) se reconstruye el principio de igualdad elaborado esta vez desde la óptica comunicativa. Según éste ningún interlocutor válido debe ser excluido *a priori* de la argumentación, y ello, en la medida en que ésta versa en cuestiones que le afectan o en que sus intereses deben ser tenidos dialógicamente en cuenta. Desde la óptica comunicativa todos somos iguales y todos pueden efectuar valiosos aportes que permitan la solución del conflicto.

De allí que cualquier actividad o institución que pretenda ser legítima debe reconocer que los afectados por las normas de ese ámbito son interlocutores válidos, y esto exige considerar que tales normas serán justas únicamente si pudieran ser aceptadas por todos ellos tras un diálogo racional. Toda argumentación moral se apoya en esa regla básica según la cual, todo discurso práctico supone el intercambio de razones, libre e ilimitado, entre todos aquellos a los que la acción afecte o pueda afectar en sus intereses.

Sin perjuicio de ello (y tal como se dejara traslucir en desarrollos precedentes), la dinámica comunicativa impone que con sumo cuidado se consideren las bases para un fecundo entendimiento. De allí que es plausible los decisorios que establecieron que no procede la revinculación coercitiva de una menor con su madre debiendo en su lugar posponer la toma de contacto hasta que esté plenamente de acuerdo con ello (Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A: 21/08/2015).

V.4. Dimensión intersubjetiva del discurso

Al dimensionar el fenómeno de la argumentación puede señalarse que se trata de pasar del “yo pienso” al “nosotros argumentamos”. Es que la ética del discurso, en definitiva, es un esfuerzo por superar el egocentrismo.

En función a esto último, Karl-Otto Apel citando a Jürgen Habermas se ha referido a las pretensiones de validez de todo acto argumentativo si pretende ser tomado en serio.

Según esa óptica, las pretensiones se clasifican de manera sistemática distinguiendo:

- 1) la pretensión de *sentido o comprensibilidad*,
- 2) la pretensión de *sinceridad*,
- 3) la pretensión de *verdad*,
- 4) la pretensión de *corrección* (moral).

A su vez, parafraseando a Apel puede decirse que la corrección referida a la dimensión intersubjetiva del discurso admite como pretensiones de validez los siguientes puntos:

- Que todos los miembros (actuales o posibles) de una comunidad discursiva e ilimitada tienen los *mismos derechos*.
- Las normas morales, es decir las normas generales a seguir, tienen que ser aceptables —y en tal medida consensuales— por parte de todos los afectados.
- Sus resultados deben ser *aplicados* en el mundo real, lo que supone corresponsabilidad en el descubrimiento y solución discursiva. De ese modo, por ejemplo, los conflictos deben resolverse en un discurso libre de violencia (Apel, 2011: 276 y ss.).

Estamos entonces ante una ética de la responsabilidad en la que se busca el consenso como solución a los problemas morales, y de no ser ello posible, las estrategias deben estar orientadas al establecimiento de relaciones dialógicas a largo plazo.

V.5. La teoría argumentativa

Basada en la idea de armar modelos de racionalidad que tengan como fin orientar la toma de decisiones jurídicas ha surgido la teoría de la argumentación jurídica que es concebida como una actividad lingüística que trata de la corrección de los enunciados normativos (Alexy, 2007: 34).

Parte por sostener que la fundamentación de una postura no se agota en la consecuente respuesta sino en el argumento que sirve de defensa a la postura que se adopta. De allí que lo relevante pasa por la necesidad de un intercambio de argumentos y contra argumentos.

La teoría de la fundamentación, a su vez, debe diferenciarse de la teoría de la decisión si consideramos que lo relevante pasa por sopesar la formación de la voluntad. Si se trata de problemas prácticos derivados de intereses divergentes la solución puede buscarse o bien en la transacción o bien en el contexto de una común formación de voluntad.

El discurso jurídico es una hipótesis especial del discurso práctico, limitado obviamente por la ley o las normas procedimentales.

Cuando la argumentación jurídica está referida a cuestiones prácticas deben éstas mantenerse en la órbita del Derecho vigente, pero a su vez, como discurso práctico debe atender a los intereses de las partes.

De allí se desprende que la argumentación empírica es necesaria a fin de alcanzar una fundamentación jurídica.

La ética del consenso, a su vez, justifica la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad. La primera, implica que más allá del resultado alcanzado se presupone la convicción o disposición de ánimo de que la solución adoptada justifica la acción. Constituye la *intentio animi*, vale decir, el designio íntimo de la voluntad dirigido al principio moral (Maliandi, 2010: 57).

La ética de la responsabilidad, en tanto, toma en consideración la asunción por el sujeto de las consecuencias predictibles que implica la realización de la acción.

Ello exige que a través del diálogo se pueda vislumbrar que el sujeto es responsable y está convencido de las decisiones que adopta. De allí que puede dimensionar las razones por las cuales acepta o rechaza una solución; no descartándose incluso que la actividad comunicativa se limite a sentar las bases de un diálogo que de primera no es posible.

V.6. La actividad dinámica del lenguaje

En tanto es una clave fundamental para comprender los fenómenos humanos, al lenguaje se lo debe interpretar como generativo y no meramente descriptivo. Es que el lenguaje crea realidades, es decir, dota de acción, modela la identidad del sujeto y permite ganar el dominio de su propia vida. El lenguaje puede confluir sobre nuestras estructuras de pensamiento.

Dice Echeverría: la forma como operamos en el lenguaje es el factor más importante para definir la forma como seremos vistos por los demás y por nosotros mismos. Descubriremos cómo nuestra identidad personal y la del los demás son producto de una construcción lingüística. Y a su vez, nuestro mundo se constituye en el lenguaje y los diferentes mundos emergen según el tipo de dis-

tinciones lingüísticas que seamos capaces de realizar, las maneras en que las relacionemos entre sí y de acuerdo al tipo de juegos de lenguaje con los que operemos (2006: 36).

Desde la ontología del lenguaje se afirma que no es la vida la que nos permite descubrir como somos, sino que es el ser humano el que recrea y se reinventa a sí mismo sin perjuicio de permanecer sujeto a condicionamientos biológicos y naturales; históricos y sociales. Los individuos poseen aptitud de crearse a sí mismo, y ello es así, a partir de la capacidad generativa del lenguaje. La interpretación que hacemos sobre nuestras propias vidas nos permite ganar dominio sobre ella y jugar un papel activo en el diseño de ser en que queremos convertirnos.

Siendo un fenómeno social nace de un dominio consensual, ya que los participantes de la interacción social pueden compartir sonidos, gestualidad, etc., y al fin de coordinar acciones, designar objetos o aludir a acontecimientos.

El individuo se constituye en el lenguaje, y atento a que nace del dominio consensual puede decirse que permite coordinar acciones y de esa forma regenerar o redireccionar el sentido de la propia vida, dándole al sujeto la posibilidad de transformarla o modificarla.

Puede haber ajustes al lenguaje que estarán en íntima relación con la competencia lingüística que exhiba el interlocutor. A ello se le suma la significación que se le dé a las palabras, en un contexto dado y en un ambiente sociocultural determinado.

En fin, se trata de comprender los actos lingüísticos sea que impliquen compromisos sociales y avistando que la realidad puede ser vista desde las afirmaciones, o bien, desde las declaraciones o relatos. Éstas últimas son realidades lingüísticas que deben ser sopesadas de forma diferente.

Al fin, debe entenderse que no es la realidad la que está en juego, sino más bien cómo interpretamos esa misma realidad, y ello, desde nuestra estructura biológica y en un todo coherente con nuestras emociones. La interpretación de la vida abre y cierra posibilidades, posibilita o inhibe posibilidades de acción. Ella genera poder en la medida en que incide sobre nuestra capacidad de acción transformándonos y modificando la realidad en que vivimos.

VI. Conclusión

Lo expuesto nos conduce a sostener que existen en el Código Civil y Comercial reglas abiertas que dan pie a una ética del discurso y de la argumentación. Nada en la letra de la ley puede quedar marginado ni inconcluso ya que ello fluirá al momento de aplicar ese dispositivo, el que a la vez corre el riesgo de no ser interpretado coherentemente. Y el consenso sólo debe entenderse bajo la égida de la auténtica convicción y responsabilidad por la decisión que se adopta.

Así, por ejemplo, y tal como se tuvo oportunidad de apreciar en lineamientos anteriores, en materia de responsabilidad parental el artículo 639 del Código Civil y Comercial sostiene que a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores (artículo 639 letra b). La solución es lógica. Sin embargo y ante la concreta casuística, podemos cuestionarnos cómo medimos la progresividad de la autonomía si no es sobre la base del diálogo y la comunicación inteligente y productiva, que a su vez, conduzca al consenso y referida siempre a una puntual situación.

Si admitimos esa faz procedimental la pregunta es cómo encaramos ese diálogo. Y en ese sentido no debe olvidarse que la preocupación mayor de la ética del diálogo es hallar una fundamentación apropiada que ayude a hacer posible el fenómeno de la convivencia, y ello, en el marco de una situación determinada. Y aquella sólo es posible desde la consideración y respeto hacia la postura de cada interlocutor válido.

Es que ninguna argumentación debe quedar marginada sino que todas deben sumarse si se desea obtener una mirada amplia y sincera del conflicto, y ello en función de congeniar intereses, que por otra parte y las mas de las veces, hacen a los más caros sentimientos del justiciable. En función de todo ello, el discurso jurídico deberá efectuar una labor de corrección y justificación jurídica del discurso práctico.

A su vez, en lo expuesto subyace la idea de que ciertos conflictos pueden ser entendidos desde su dinámica interna, de allí que se trata de ajustar las posiciones encontradas procurando la evolución de la conflictividad a través de soluciones creativas emanadas de los mismos afectados.

Situación conflictiva no necesariamente implica contradicción de intereses, y de allí, que es muy posible que creyendo que lo primero se condensa en lo segundo terminemos por no dimensionar acabadamente al conflicto en sí.

A fuerza de comprenderlo, sabiamente el legislador ha dejado en manos del diálogo la solución inteligente y creativa, pero a su vez, está en el operador jurídico aplicar correctamente ese dispositivo.

O resolvemos sin salirnos de la antinomia, o bien, elevamos la antinomia al plano de la conflictividad, y en ella, adaptamos o ajustamos aquella antinomia a través de un enfoque creativo, que sin eludir la conflictividad procure al menos administrarla.

Tal vez la solución no pase por encontrar falsos (y no menos débiles) acuerdos sino en aprender a focalizarlos desde la convivencia inteligente y más allá del desacuerdo de fondo.

El conflicto no es el problema sino que éste se focaliza en saber abordar la conflictividad. A su vez, debe comprenderse que administrar apropiadamente la conflictividad es una forma de resolverla.

VII. El informe final

Ante puntuales problemáticas el Código Civil y Comercial promueve soluciones basadas en el diálogo y el consenso de todos los interlocutores válidos. Debe partirse por el absoluto respeto hacia el sujeto autónomo, y así, el diálogo debe ir encaminado a vislumbrar las aptitudes para discernir y contemplar los diferentes puntos de vista que justifican al conflicto.

Auscultar la perspectiva desde la que cada interlocutor válido observa y sufre el conflicto, permite integrar, sincerar y justipreciar los diferentes ángulos desde los cuales se lo padece. De allí la importancia de no permanecer fuera de su abordaje y considerar que la problemática pasa por la hermenéutica que cada uno hace de ese conflicto. No hablamos de verdades parciales pues se supone que todas responden a valores superiores de quien las argumenta. Esa visión responde más bien a lo que cada uno entiende que es, por ejemplo y ante una puntual casuística, el interés del niño o adolescente; o bien, porque es maduro o no lo es; o hasta donde llega la razonabilidad del ajuste del que habla el artículo 32 del Código y en relación a quien padece una restricción a su capacidad. Al fin, debe entenderse que por sostener erróneamente que en la especie acaece una verdad absoluta pueden dilapidarse perspectivas, o bien, puede caerse en un reduccionismo mental y emocional que cierra posibilidades de resolución en lugar de diversificarlas.

Enfocar la problemática desde el punto de vista de la ética nos permite diferenciar dos aspectos: por un lado hallar el principio mismo que fundamenta la decisión, y segundo, diseñar aquel procedimiento que permita aplicar aquel fundamento. En éste último aspecto la cuestión presenta un viraje interesante, dado por la ética de la responsabilidad en la aplicación del principio fundamentador, cuestión que adapta el principio al contexto, a la situación y a las consecuencias que genera la aplicación del principio. Eso implica, a su vez, la elección responsable del principio escogido. Es muy posible que deba acudir a la interdisciplinariedad.

Allí donde la ley remite implícitamente al diálogo subyace una ética procedimentalista, que a la manera de ética comunicativa, permite que los intervinientes revean sus puntos de vista, en una tarea de contrarrestar argumentaciones válidas pero susceptibles de ser revisadas en función de otras argumentaciones, y todo ello, acorde con los parámetros de una ética basada en el lenguaje. El gran desafío está en hallar los mecanismos que permitan encontrar aquellas estrategias que conviertan en productivo al diálogo, y ello, a fin de cubrir esa necesidad interna que justifica al conflicto.

El legislador actual observa que ciertos conflictos exceden los estrictos lineamientos de la norma jurídica. De ser el caso, se tratará de compaginar intereses divergentes y para ello es de rigor que se parta por considerar cómo los interlocutores ven el conflicto. En el diálogo puede vislumbrarse la realidad oculta y los efectos jurídicos que esa visión genera.

El orden jurídico tiene una misión decisiva: establecer aquellas pautas que legitimen legalmente el diálogo y la consecuente decisión. La tarea del juez será —desde luego— que los juicios de la argumentación se puedan subsumir en el marco normativo vigente y esté razonablemente fundada. Es un juicio de corrección. Es que desde siempre está la misión de salvaguardar los postulados máximos de la ley y de los valores inmersos en ella y en función de una sociedad debidamente ordenada.

VIII. Bibliografía

ALEX, Robert (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción: Manuel Atienza - Isabel Espejo. 2º ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALTERINI, Jorge y otros (2015). *Código Civil y Comercial Comentado*. Buenos Aires: La Ley. T. 1.

APEL, Karl-Otto (2011). *Paradigmas de filosofía primera*. Buenos Aires: Prometeo.

CORTINA, Adela (1996). *El estatuto de la ética aplicada. Hermenéutica crítica de las actividades humanas*. Isegoría Nº 13: 119-127. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es>

DWORKIN, Ronald (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.

ECHEVERRÍA, Rafael (2006). *Ontología del lenguaje*. 8ª ed. Buenos Aires: Granica.

GARCÍA-MARZÁ, Domingo (2003). "Responsabilidad por la praxis: la ética discursiva como ética aplicada", en: Adela Cortina y Domingo García-Marzá, *Razón Públicas y Éticas aplicadas*. España: Tecnos.

LORENZETTI, Ricardo Luis y otros (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

MALIANDI, Ricardo (2010). *Ética y convergencia. La ética discursiva de Karl-Otto Apel y el laberinto de los conflictos*. Buenos Aires: Olmos.

OVALLÉ GÓMEZ, Constanza (2009). *Práctica y significado del consentimiento informado en hospitales de Colombia y Chile*. Universidad de Manizales. CINDE. Disponible en: www.bieticaunbosque.edu.co [Fecha de consulta: 29/02/2016].

ROMERO COLOMA, Aurelia M. (2002). *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid. España: Montecorvo.

Jurisprudencia

CNCiv., sala D, 20/08/2015 “G. M. E. s /art. 152 ter C.Civ.” Cita: MJJ95525.

C. Apel. Trelew, Sala B, 12/11/2015 “Asesoría de Familia s/ declaración de incapacidad J. E. M.” Cita: La Ley on line, AR/JUR/50424/2015.

C. Apel. Trelew, Sala A, 21/08/2015 “Asesoría de Familia e Incapaces s/ medidas de protección”. ED 28/10/2015, 5. DFyP, 2015 noviembre. 94.

CCiv. y Com., Necochea, 2015/11/20 “F. J. C. y L. A. s/ privación de patria potestad”. Publicado en el Dial.com AA946-B (19/04/2016).

C. Flia de Mendoza, 14/08/2015 “C., N. E y S. C., P. E. s/ medida cautelar”. Cita online: AR/JUR/36034/2015.

C2ªCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 25/08/2015 “F., P. R. c/ C., A. F. s/ Régimen de visitas provisorio”. La Ley on line, AR/JUR/36039/2015.

CNCiv., sala B, 15/12/2014, “T., R. E. y otros c/ B., C. R. s/ autorización”. Sup. Doctrina Judicial Procesal, 2015 abril 27; cita online: AR/JUR/66526/2014.

Fecha de recepción: 13-04-2016

Fecha de aceptación: 08-08-2016